

Datos del Expediente

Carátula: GOÑI ARACELI ESTHER C/ LEZCANO CARLOS ALBERTO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. AUTOM. C/ LES. O MUERTE (EXC .ESTADO)

Fecha inicio: 18/09/2018

N° de

Receptoría: MP - 30688 - 2015

N° de

Expediente: 166584

Estado: Fuera del Organismo - En Juz.
Origen

REFERENCIAS

Resolución - Folio 892

Resolución - Nro. de Registro 221

Sentido de la Sentencia Modifica

16/09/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRO N° 221.S FOLIO N° 892

Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata

Expte. N° 166584. -

Autos: "GOÑI ARACELI ESTHER C/ LEZCANO CARLOS ALBERTO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. AUTOM. C/ LES. O MUERTE (EXC .ESTADO)" .-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 16 de septiembre de 2019, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: **1º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez** y **2º) Dr. Ramiro Rosales Cuello**, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos **"GOÑI ARACELI ESTHER C/ LEZCANO CARLOS ALBERTO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**.

Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes

A N T E C E D E N T E S:

A fs. 283/301 el Señor Juez de Primera Instancia resolvió hacer lugar a la demanda promovida por Araceli Esther Goñi contra Carlos Alberto Lezcano y El Libertador S.R.L. y en su consecuencia, condenando a estos últimos, conjuntamente con la citada en garantía "Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" (en la medida del aseguramiento) a abonar a la actora la suma de \$ 345.000, más intereses y costas.

La actora apeló en escrito electrónico presentado el 9/9/2018; y en escrito del mismo tenor apelaron la demandada "Empresa de Transporte El Libertador S.R.L." el 6/9/2018 y su aseguradora el 4/9/2018.

La primera de las nombradas expresó agravios el 19/11/2018 –modalidad electrónica- y así también lo hicieron la demandada el 2/11/2018 y la citada en garantía el 8/11/2018. Contestaron: la actora el 8/12/2018, la demandada el 13/12/2018 y la aseguradora el 15/12/2018.

Con todas las presentaciones a la vista procedo a consignar los agravios.

Recurso de la actora

a.- Primer agravio. Exiguo monto fijado por el rubro “incapacidad sobreviniente”.

Explica que a la incapacidad física del 27% reconocida en sentencia hay que sumar la psicológica del 35% por trastorno por estrés postraumático.

Refiere que esta última torna prácticamente nula la posibilidad de reinsertarse en el mercado laboral en forma independiente, como lo venía haciendo, vendiendo ropa; e imposible en relación de dependencia, pues jamás sorteará un examen preocupacional.

Resalta que el monto de condena, al que se arribó luego de estimar un ingreso aproximado mensual de \$ 9.000, fue fijado arbitrariamente por el *a quo* desde que su ex cónyuge fue contundente cuando manifestó que la víctima tenía ingresos entre \$ 15.000 y \$ 18.000 mensuales al momento del siniestro.

b.- Segundo agravio. Daño moral. También lo reputa exiguo.

Pide se tenga en cuenta que la actora debió soportar varias intervenciones quirúrgicas y que aún hoy persisten las lesiones y deberá ser nuevamente intervenida según da cuenta la pericia médica (fs. 216 punto B, 217 punto F, fs. 218 puntos 2 y 3).

Agrega que su patología metabólica de insulina resistencia no se la puede tratar en forma adecuada debido a la herida abierta y la lesión sufrida en el tendón de Aquiles.

Recuerda que ya no puede concurrir a ALCO ni a natación y, en cuanto al dolor, solicita se observen las fotografías de fs. 62/70 y 219, las que permiten visualizar el estado en que quedó, sin posibilidad de higienizarse en debida forma, postrada en una cama, inmovilizada, con marcha claudicante luego y con bastón, con necesidad de ayuda para desplazarse y de moverse en vehículos de alquiler.

Hace pie en la pericia psicológica. Analiza su contenido en cuanto a la repercusión negativa que el accidente tuvo sobre su vida, la disminución de su autonomía económica y la sensación de desvalimiento, impotencia, pérdida de autoestima e inseguridad en que la sumió.

Dice haber perdido a su pareja y que se encuentra sola para solventar los gastos que le irroga su recuperación.

c.- Tercer agravio. Daño emergente futuro. Lo impugna también por escaso.

Analiza lo evaluado por el perito médico traumatólogo, Dr. Santiago Morcella, en cuanto expone sobre los estudios complementarios futuros y posible realización de kinesiología y rehabilitación, e incluso de una nueva intervención quirúrgica e ingesta de medicamentos.

Luego aduce que el Juez no tuvo en cuenta dicha evaluación pericial y fijó un *quantum* que no se condice con lo justipreciado por el idóneo.

Señala que hoy cualquier medicamento no se adquiere por menos de \$ 500, que las obras sociales no cubren más que el 40%, que una sesión de kinesiología asciende a \$250 y que por ejemplo diez sesiones ascenderían a \$2500.

Además de eso –agrega- habrá consultas médicas, análisis, medicamentos, gasas vendas, intervenciones quirúrgicas y sesiones de terapia (según la perito un tratamiento semanal durante dos años a razón de \$ 400 la sesión, fs. 238 vta., lo que totaliza \$ 41.600).

Pide se eleve la partida indemnizatoria.

d.- Cuarto agravio. Rechazo del daño punitivo.

Observa que la relación entre las partes fue contractual quedando comprendida como una relación de consumo; y que la demandada en julio de 2015 dejó de solventarle los gastos derivados de su recuperación.

Destaca que el daño punitivo se aplica cuando no se cumple con las expectativas del consumidor para que la empresa no repita su conducta; y que en este caso la demandada no piensa en que la pasajera no puede casi caminar y que quedó incapacitada.

Argumenta que la propia demandada admite que las prestaciones médicas dejaron de prestarse, lo cual dejó a su parte desamparada toda vez que sus dolencias subsistían y no tenía medios económicos para paliar todos los tratamientos.

Todo ello, entiende, da motivo a una ejemplar sanción y así lo entendió la Fiscalía, al poner de resalto la obligación de seguridad, cuyo dictamen el sentenciante ni siquiera mencionó.

Recurso de la demandada.

Se agravia de la tasa de interés receptada en la sentencia –tasa de interés pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días- cuando estableció valores actuales al justipreciar los rubros indemnizatorios, lo cual implica, a su modo de ver, una doble actualización.

Considera que ese criterio se corresponde con la doctrina actual de la SCBA expuesta en los autos “Vera c/ Provincia de Bs. As.” y “Nidera c/ Pcia. de Bs. As.”. Dijo allí el Tribunal que cuando sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un *quantum* a valor actual, en principio debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito para luego establecer que la alícuota a aplicar es la del 6% anual.

Recurso de la citada en garantía.

Dedica su memorial a impugnar los rubros indemnizatorios y la tasa de interés.

a.- Primer agravio. Incapacidad sobreviniente.

Su primera observación la dirige a cuestionar el testimonio de Juan José Pérez en función del cual el Juez cuantifica el rubro y cuya declaración se encuentra expresamente excluida por el art. 425 del CPC, en atención de tratarse del ex cónyuge de la actora.

Por tal razón es que sostiene que no puede calificarse tal testimonio a los fines de demostrar la supuesta actividad comercial que la actora manifiesta haber desarrollado al tiempo del accidente como tampoco los supuestos ingresos.

Estaba en cabeza de la promoviente –dice- acreditar su actividad e ingreso pero no acompañó ningún otro elemento, ni siquiera la declaración de testigos hábiles.

Se disconforma de que el *a quo* haya considerado un 15% de incapacidad cuando sólo un 12 % fue asignado por limitación de la movilidad. Entiende que el porcentual proveniente de la cicatriz o injerto fue tomado en consideración al ponderar el daño moral y a todo evento correspondería a un daño estético pero de ninguna manera puede incluirse en la incapacidad.

b.- Segundo agravio. Daño moral.

Nuevamente se expone sobre la irrelevancia probatoria de la declaración brindada por Pérez y que fuera merituada por el *a quo* al ponderar este parcial.

En lo atinente a la pericia psicológica, cuya interpretación también ataca, describe lo dictaminado, particularmente que la patología del accionante es reversible y que el porcentual de incapacidad lo basa en un baremo cuya aplicación se encuentra reservada a médicos y psiquiatras pero no a psicólogos.

Concluye en que más allá del psicodiagnóstico efectuado por la experta corresponde no tener por escrito el porcentual de incapacidad que asigna basada en la improcedente aplicación del Baremo Castex Silva.

c.- Tercer agravio. Tasa de interés.

Siguiendo la misma tesitura que la aseguradora, cuestiona que se haya ordenado aplicar la tasa de interés pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires cuando se receptaron montos indemnizatorios actualizados a la fecha de la sentencia; criterio que no se corresponde con la doctrina actual de la SCBA expuesta en autos Vera y Nidera.

Observa que la aplicación simultánea a un mismo crédito del valor más cercano a la sentencia y el accesorio de una tasa nominal conduce a un resultado desproporcionado –en palabras de la SCBA- que sobreestima la incidencia de ciertos componentes sin causa justificada y arroja un resultado que excede de la expectativa razonable de conservación patrimonial.

En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S:

1ª) ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 283/301?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:

I.-Cuestión preliminar: acuse de deserción.

La citada en garantía, al contestar los agravios expresados por la actora, acusa la deserción por no constituir el memorial, según dice, una crítica concreta y razonada de la resolución recurrida (v. escrito cont. Ap. II inc. a)).

En orden a ello destaco que la fundamentación impugnada, analizada con un criterio amplio por estar en juego el derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.), supera el test de admisibilidad, razón por la cual corresponde desestimar el planteo de la contraria (arts. 260, 261 y 266, C.P.C.C.).

Para que la expresión de agravios sea suficiente y permita la revisión por parte de la Alzada, es necesario que el apelante individualice, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuanto la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia del mencionado acto procesal aconseja aplicarla con criterio amplio, favorable a la admisibilidad del recurso (Arg. Podetti, Ramiro, *“Tratado de los Recursos”*, Buenos Aires, Ediar, 1.975, pág. 288; Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso; Ed. Rubinzal-Culzoni; 1962, t. 6, p. 389 y ss; cit. por Andrea Meroi; *“Sobre la expresión de agravios”*, LL Litoral 2014 (septiembre), 837).

La consideración, entonces, de la suficiencia de la expresión de agravios debe realizarse en forma laxa, esto es que en caso de duda debe estarse por el mantenimiento de la apelación, y no declarar desierto el recurso por falta de expresión de agravios, en sentido técnico.

De este modo, no comparto lo entendido por la aseguradora, toda vez que el escrito presentado por la actora reúne los elementos necesarios para tener por expresados los agravios contra de la sentencia cuestionada, desde que ha expuesto los motivos por los cuales pretende la reforma de tal decisorio.

II.- Previo a incursionar en los parciales de condena y la tasa de interés, para cuya inspección los recurrentes convocaron la apertura revisora de este Tribunal, comenzaré por recordar, a modo de introducción, que constituye la génesis de estos actuados el accidente sufrido por Araceli Esther Goñi, cuando se encontraba a bordo del ómnibus N° 31 de la línea 562 de la empresa “El Libertador S.R.L.”, el cual era conducido por el demandado Carlos Alberto Lezcano; circunstancia en la que cae al momento de descender golpeándose con el cordón de la vereda, lo que le ocasionó varias lesiones, como trauma de tobillo y rotura de tendón de Aquiles, entre otras.

Llega firme a esta Alzada que resulta de aplicación, para evaluar la responsabilidad en el hecho, el Código Civil (Ley 340) y el de Comercio (Ley 2637), particularmente el art. 184 de este último por haber ocurrido el hecho bajo la vigencia de aquella normativa.

Tampoco mereció cuestionamiento alguno que los demandados resultan responsables desde que no han logrado probar el quiebre del nexo de causalidad mediante el alegado hecho de la víctima, con la relevancia exigida por el art. 184 de la ley comercial para eximirlos de su responsabilidad.

Habiendo las partes impugnado los rubros que componen la condena, aunque en sentidos opuestos, así como la tasa de interés, me abocaré al tratamiento de aquéllos en forma conjunta.

a.-Incapacidad sobreviniente.

La actora pretende un incremento de la indemnización fijada y pide se tenga en cuenta el 35% de incapacidad estimado por la Perito psicóloga. Aduce, además, que su ex cónyuge fue contundente al estimar entre \$ 15.000 y \$ 18.000 sus ingresos a la época del siniestro.

Sin perjuicio de la suma que propondré fijar por este concepto, y conforme a las pautas que brindaré *infra*, anticipo que no comparto lo postulado. Si bien la Licenciada en Psicología Natalia Belén Silvan, en el dictamen obrante a fs. 236/39, estima un porcentaje de incapacidad según baremo de Castex en el orden del 35% (fs. 238 vta.), también explica que las secuelas son incapacitantes “hasta la fecha...por trastorno por estrés postraumático”, consignando, además, que “La patología es reversible” por lo cual aconseja la realización de un tratamiento psicológico de dos años con una secuencia semanal.

Dicho dictamen no mereció cuestionamiento alguno por parte de la actora quien omitió pedir explicaciones en su congruo momento de haberlo considerado pertinente (art. 473 CPC).

Observo que en sentencia se hizo mérito de la incapacidad estimada por la idónea en psicología y del cuadro traumático exhibido con el consecuente impacto en la psiquis, al tratar y justipreciar el daño moral, ya que en la demanda, fue dentro de ese capítulo (y no como daño patrimonial y autónomo) en el que se aludió a la afectación de la psiquis y sus consecuentes angustias, por lo cual considero que el juez *a quo* ha dado razonable respuesta a lo pedido, ya que lo contrario (insisto: reparación del daño psicológico como pretensión autónoma) hubiera implicado conceder lo que no fue pedido, violando así el principio de congruencia (arts. 163 inc. 5°, 375, 384, 457 y cc CPC).

Tengo en cuenta, en otro orden, que la actora, en su demanda, vinculó su reclamo a la incidencia que la incapacidad tuvo sobre su vida laboral, denunciando dedicarse a la venta de ropa a domicilio y no haber podido realizar más dicha tarea de viajar a Buenos Aires a comprar y recorrer los domicilios de sus clientas (v. fs. 50 vta. ap. VI4 y 51 ap. VI e.1.).

No obstante, para demostrarlo y acreditar, de algún modo, sus ingresos, trajo un único testigo que resultó ser su ex cónyuge, y que, por tal razón, es cuestionado en su idoneidad por la citada en garantía (art. 425 CPC).

Si bien ello no ha de resultar dirimente, no puedo soslayar que la aseguradora recién viene en esta instancia y al expresar agravios, a poner en crisis la idoneidad del testigo, cuando tuvo la oportunidad de hacerlo en los momentos previstos por el art. 426 del rito.

Ahora bien: más allá de que el testimonio de Juan José Pérez, su ex cónyuge, en atención a lo normado por el art. 425 del CPC podría estar imbuido de cierta suspicacia o parcialidad, lo que verdaderamente resulta demoledor a los fines de la procedencia de este capítulo es que su declaración es la única prueba arrimada con el objeto de acreditar, ni más ni menos, la supuesta actividad laboral de la actora.

Ha dicho el Superior tribunal de provincia, que: "*Dándose la situación especial de un único testimonio, éste debe ser valorado con estrictez, exigiendo que el mismo sea ampliamente convincente y esté exento de toda sospecha, siendo eficaz a los fines de considerar probado un hecho sólo si su conocimiento es cabal e indubitable (arts. 384 y 456 in fine del C.P.C.C.)*" (SCBA LP C 105241 S 03/08/2011).

No solo no declaró ningún otro testigo (de los 5 testigos ofrecidos, solo declaró éste, los restantes fueron desistidos a fs. 244): el único que lo hizo resulta ex -cónyuge de la actora (lo que si bien no lo inhabilita *per se*, amerita a ser cauto con la valoración de sus dichos), sino que tampoco luce ningún otro medio probatorio (facturas, remito de mercaderías, cuanto menos alguna constancia informal de compras o ventas, informativa a proveedores, testimonial de una cliente, etc.) lo que en definitiva resulta en una orfandad probatoria categórica.

De todos modos, no cumplida debidamente la carga de acreditar la actividad laboral de la actora, es menester recordar que al evaluar la incapacidad, entendida como minoración de las potencialidades de que gozaba el afectado, no debe ponderarse solo el aspecto laborativo, sino también vincularse a cualquier otra actividad fuera de ese plano que realice o pueda realizar el damnificado, atendiendo a la disminución genérica de la aptitud física que gozaba antes del infortunio (arg. arts. 1068 y 1083 Cód. Civ.; CC0001 QL 20/6/2000 c. "Wysocki Simón c/ Sánchez Bernardo s/ daños y perjuicios"; SCBA LP Ac. 90471 sent. 24/4/2006; este Trib. Sala III c. 148464 Reg. 48/2012; CC0203 LP c. 119369 Reg. 35/2016; c. 118520 Reg. 112/2015; c. 118027 Reg. 11/2015 y ots.).

Y aquí es donde merece acogida, cuanto menos parcial, el reclamo de elevar el monto de condena intentado por la actora.

Con sustento en las circunstancias personales de quien la solicita, corresponde estimar en qué medida la mengua del vigor humano ha podido y podrá gravitar en sus actividades habituales, pues no hay que perder de vista que los porcentajes estimados por los peritos sólo constituyen elementos referenciales y meramente orientadores, pero lo que habrá de tenerse en cuenta es el desmedro efectivamente irrogado (arg.este Trib. Sala II c. 140657 Reg. 256/2008; Sala I c. 141305 Reg. 353/2008; CC0101 LP c. 236891 Reg. 95/2001; ídem. C. 238441 Reg. 114/2002 C.S.J.N. Fallos 308:1109; 312:2412; 318:1715; Cám. Nac. Civ. Sala C. 7/10/93 "Chaparro Bordón c/ Colonna" L 136093 JA 1994-III-83).

La actora, es cierto, no ha concretado un pletórico despliegue probatorio tendiente a demostrar los extremos precedentemente analizados; no obstante, resulta suficiente como para admitir el rubro y asignar una partida que refleje una condigna reparación.

Esos escasos parámetros de apreciación, de todos modos, permiten justipreciar la afectación que en su vida le provocará la incapacidad estimada así como la chance frustrada de obtener ingresos en el futuro.

Por otra parte, al no haberse acreditado actividad laboral alguna ni ingresos aproximados, en aras de arribar a un monto que refleje la afectación a las proyecciones analizadas, considero justo tomar como parámetro de evaluación el salario mínimo a la época del dictado de este pronunciamiento, el que a partir del 1° de septiembre de 2019, asciende a PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO (\$ 15.625,00) (ver Infoleg "Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo vital y Móvil; art. 139 Ley 24.013; art. 14 bis C.N.; art. 116 Ley de Contrato de Trabajo)

Esta tesitura (tomar como pauta referencial el valor actual del Salario Mínimo), vienen enuncada en recientes y reiterados pronunciamientos de la Corte provincial.

En antecedentes similares al presente, advirtió la S.C.B.A., que la extensión siempre quedaría ligada a las constancias de la causa y dependería de la prueba reunida en el proceso; situando la cuestión en la necesidad de obtener lineamientos objetivos y razonables para el justiprecio de los perjuicios, en el marco del referido art. 165 del CPC (SCBA L c. 120192 cit. sent. del 7/9/2016).

En tal sentido, analiza Matilde Zavala de González que en aquellos supuestos donde es totalmente incierto el monto de los ingresos percibidos por la persona que ha resultado incapacitada, se recurre jurisprudencialmente al parámetro del salario mínimo vital y móvil para justipreciar el monto de la indemnización (Zavala de González; *Resarcimiento de Daños*. T° II "a" Ed. Hammurabi pág. 432).

Afirma la autora citada que la solución se justifica porque éste (el salario mínimo vital y móvil) constituye el umbral inferior de retribución de la ocupación más humilde en el mercado laboral, y desde que la adopción de una pauta más significativa tendría un valor conjetural, pudiendo pecar por exceso, corresponde estar a esos guarismos (aut. cit. p. 433; este Tribunal Sala II expte. 136476 Sent. 13/1/2008, Reg. 594).

En cuanto a que dicho valor de referencia (S.M.V.M.) sea el actual, en un caso que mostraba marcadas similitudes al presente, la Suprema Corte revocó un fallo de esta Alzada, sosteniendo, que: "*...la determinación del quantum de la incapacidad sobreviniente, formulado en base al valor del salario percibido por la actora en el año 2001, torna escasa la suma otorgada, en atención a los vaivenes que ha sufrido la realidad económica del país a lo largo de dicho período, desnaturalizando de esta manera el derecho a la reparación de la actora (doct. C.S.J.N., Fallos: 156:290; arts. 17 y 19 Const. nacional)*". En apoyo de esta postura, cita jurisprudencia emanada del propio Tribunal, en la que se ha precisado que en los juicios de daños y perjuicios los jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio al momento de dictar sentencia. (conf. arg. causas L. 77.503 y L. 75.346, ambas sents. del 6-VI-2001; C. 101.107, sent. del 23-III-2010; C. 100.908, sent. del 14-VII-2010).

Me correspondió a mi llevar la voz en el nuevo pronunciamiento (en c. 136.201 "Morán, Paula c/ Empresa de Transportes", Sala I) en virtud del reenvío ordenado por el Superior, y a fin de cumplimentar la tarea encomendada por la S.C.B.A., me permití efectuar una serie de consideraciones en referencia a la temática de la denominada reparación del perjuicio a valores actuales, que entiendo no resulta ocioso reiterar aquí.

En la causa "Scandizzo de Prietto Julia c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios" (c. 120.192 del 7/9/2016) la Suprema Corte, con el voto del Dr. Soria, expresó que "*...establecer valores actuales a la época en que se pronuncia el fallo no significa alterar o vulnerar la congruencia del proceso y menos aún violar el principio nominalista de la ley 23.928, porque la fijación indemnizatoria es una cuestión distinta a la utilización de reajuste o indexación y por ende ajena a la prohibición establecida por el art. 8 de la ley 23.928 y 10 de la ley 25.561... Valores actuales, significa valores adecuados a la realidad económica a la época en que se pronuncia el fallo*".

Dijo, además, en el mentado antecedente, que "*...Estos últimos (refiriéndose a los mecanismos de actualización, reajuste o indexación de montos históricos) suponen una operación matemática, en cambio*

la primera sólo expresa la adecuación del valor a la realidad económica del momento en que se pronuncia el fallo" (el paréntesis me pertenece); "... el cálculo de una indemnización a valores actuales...constituye la expresión de la facultad conferida al juzgador por la última parte del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial en punto a la determinación del quantum de la indemnización".

Esta postura ha sido asimismo receptada por buena parte de la doctrina nacional, entre ellos Llambías, quien explica que a efectos de ponderar la justa cuantificación para esta partida, cabe remarcar que en nuestra época, que se caracteriza por las grandes oscilaciones en el valor de los bienes y por una siempre creciente inflación monetaria y consiguiente pérdida del valor adquisitivo del dinero, la elección de la fecha de la valuación del daño es vital para el damnificado. Un daño actual requiere ser indemnizado con un valor también actual, pues sólo así se satisface la finalidad de la indemnización. De modo que, como regla general, el daño resarcible debe ser valorado al tiempo de la sentencia o momento más próximo a esa época, que sea posible (Conf. Llambías, Jorge Joaquín; *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T^oI, p. 314, n^o251).-

Antes de establecer la cuantía, recuerdo que otro de los avatares de la controversia, sobre el que reposa uno más de los agravios de la aseguradora, radica en lo atinente a la estimación por parte del idóneo del grado de incapacidad constatado en la actora, toda vez que sólo un 12 % correspondería a la limitación en su movilidad, mientras que el 15% restante fue asignado por la cicatriz que provoca cierta anomalía estética.

Se repite aquí la inactividad procesal de la recurrente, en tanto no objetó el informe pericial del médico traumatólogo -facultad prevista al art. 473 del código adjetivo -, pues podría haber solicitado explicaciones. Si bien ello no le impide criticar la valoración efectuada por el juez *a quo*, advierto que no logra demoler las consideraciones efectuadas por el experto y tenidas en cuenta en el decisorio. El agravio, en este punto, es rayano a la deserción. Es que el perito le dió entidad incapacitante por tratarse de una cicatriz o injerto mayor a 10 cm. de superficie (ver informe fs. 217) y nada dice al respecto.

Para verificar, en definitiva, el *acerto* del monto fijado en sentencia, y que viene recurrido por bajo por la actora, y por alto por la citada en garantía, repasando que la primera no acreditó debidamente desarrollar actividad comercial; y que no prospera la propuesta de elevar el porcentaje de incapacidad intentado por la demandante, ni de disminuirlo (ensayado por la aseguradora), es útil memorar que nuestro máximo Tribunal Provincial señaló que *“para la determinación de la indemnización es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial” (...)* *“como un elemento más a considerar –cuando de mensurar un daño y su reparación se trata- junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación”* (argto. Jurisp. SCBA c. 117926 del 11/2/2015; c. 97184 del 22/9/2010. C- 116220 del 8/4/2015; L 116477 del 23/12/2014; este Trib. Sala III causas N^o 158960 Reg. 215/2015 del 15/10/2015; 161850 Reg. 202/16 del 11/10/2016).

De este modo, *“nada impide que se utilicen cálculos matemáticos o tablas actuariales como una orientación” (...)* *pasada por el tamiz de la razonabilidad, cuando refleja una verdadera adecuación de medios a fines o cuando se nutre de la experiencia vital y de la realidad humana concreta”* (argto. jurisp. ut supra cit).

La doctrina especializada ha explicado sobre el punto, que el método matemático *“requiere que sean individualizados tres factores: 1) establecer el ingreso periódico de la víctima, mensual, anual, etcétera; 2)*

calcular la duración de la pérdida futura: incapacidad absoluta o total, o incapacidad relativa o parcial; equivale a decir la expectativa de vida laboral o física, y 3) la capitalización de esa pérdida anual, fijada según el porcentaje de incapacidad, que se multiplica por el número de años de vida laboral o física probable” (Jorge Mosset Iturraspe- Miguel A. Piedecasas; *Responsabilidad por daños*, T I Parte General, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores Bs.As. 2016 págs. 499/500).

En efecto, si bien es cierto que en pronunciamientos anteriores he acudido a la aplicación de la fórmula “Méndez” (v.gr. mi voto en exp. 162.725, Sala I, del 15/05/2018), un nuevo y exhaustivo análisis de la cuestión me acerca a echar mano de la usualmente denominada "Acciarri" (por su autor), que refleja más acabadamente la intención tenida en mira por el legislador, al redactar el art. 1746 del CCyC. (basado en el precedente de esta Sala - en la causa 164.033 "Paco Béltrán" Sala I - integrada).

Se sostuvo allí, en el voto que hiciera mayoría, que: entre las múltiples opciones creadas por doctrina y jurisprudencia, sobresale la fórmula diseñada por el Dr. Hugo Acciarri, quien ha propuesto un método de cuantificación superador de los preexistentes, y además ha creado una sencilla herramienta de cálculo (en planillas de Excel) que permite verificar, controlar y eventualmente impugnar la decisión adoptada (esta Cámara, Sala II, exped. n°161.169, "Ruiz Díaz José Aurelio c. Kreymeyer Iván y otra s. Daños y perjuicios", sent. del 18-8-2016, R 196-S F°1035/48; exped. n°162.661, "Barcos Carlos Alberto c. Depaoli Andrés Hernán s. Daños y perjuicios", sent. del 10-11-2017, R 279-S F°1412/32; véase, Acciarri, Hugo, A. *"Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código"*, publicado en: La Ley, 15/07/2015, 1; del mismo autor, *"Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables"*, y aplicativo Excel, ambos disponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur: www.derechouns.com.ar -último día de visita, 26-10-2017-; en forma complementaria, seguiré en lo sucesivo las ideas expuestas en Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías; *"La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"*, publicado en: La Ley, 09/02/2011, 1, La Ley 2011-A, 877; de los mismos autores, *"Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales"*, publicado en: RCyS 2011-VI, 22).

Su fórmula es la que sigue:

En ella, ["A1...An"] corresponde al ingreso implicado para el período anual 1...n =ingreso por porcentaje de incapacidad; [i], corresponde con la tasa de descuento para cada período anual computado, [e1...en], corresponde a la edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente al ingreso anual A1...An y ["P"] refiere a la probabilidad de que en el período A (de A2 hasta An) se perciba un ingreso incrementado -positiva o negativamente- respecto del ingreso del período precedente (An-1).

Se dijo también allí, que: el criterio de que la "multidimensionalidad de la actividad humana" no debe ser valorada jurídicamente sólo por los ingresos que genera, sino que existen otras dimensiones que también deben incluirse en esa valoración (Acciarri Hugo, *"Elementos..."*, ob. cit., pág. 243), pero para ello, pueden utilizarse fórmulas matemáticas determinando correctamente algunas variables.

Cuando la fórmula lo permite, es posible valuar las actividades que no reciben retribución en el mercado pero que tampoco constituyen un daño no patrimonial -las "económicamente valorables" pero que no son "productivas" del art. 1746 del CCCN-, e incluirlas como "ingresos" a los efectos del cálculo (Acciarri

Hugo, "Elementos...", ob. cit., pág. 243 a 245, Rodríguez Alfaro Carolina, "Aplicación jurisprudencial de la fórmula "Acciarri" para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", nota 17, cita on line AP/DOC/998/2016).

La idea que subyace en su utilización para calcular la incapacidad de la persona, es precisamente, alejarse del solo criterio del juzgador, que resuelve según su saber y entender (ver Acciarri Hugo, Irigoyen Testa Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muerte", en La Ley, diario del 9 de febrero de 2011, pág. 1).

Partiendo de tales pautas, debe tenerse en cuenta primordialmente el alcance de la incapacidad dictaminada por el experto médico para las lesiones padecidas las que como antes he expuesto en el caso asciende al 27%, la edad de la víctima y el salario mínimo (ya indicados más arriba).

El resultado de aplicar estas variables, sería el siguiente:

Edad inicial para el cómputo 56

Porcentaje de incapacidad 27,00%

Tasa de descuento 6,00% 0,0600

Indemnizacion VP ingreso inicial constante \$622.858,56.-

Como surge del cálculo efectuado, se ha estimado mediante la fórmula "Acciarri", la indemnización desde el día de la fecha, cuando la actora cuenta con 56 años de edad, la esperanza de vida promedio para Buenos Aires (79 años para el caso de una mujer, ver : www.indec.gov.ar/nuevaweb/cuadros/7/sesd_01c03.xls), el Salario mínimo que a la fecha (sept/2019) es de \$15.625 (decreto 610/2019)y, dada su edad, que no habrá de variar lo que nos arroja un total de \$622.858,58.-

Resta estimar la cuantía desde la fecha del hecho, hasta la del actual cálculo y aplicación de la fórmula (es decir, desde el mes de mayo de 2015) lo que es muy simple: abarca un total de 50 meses a razón de \$ 15.625 -(S.M.V.M. a sep/2019), al 27% - su incapacidad)- lo que arroja un total de \$ 210.937,50.-

De este modo, el total conforme al cálculo, asciende a la suma de \$ 833.796,06.-

Entiendo la cifra a la que se arriba, establecida a valores actuales, como representativa de la indemnización que corresponde a las consecuencias que repercuten sobre la situación económica, social, cultural, artística, deportiva, religiosa, sexual, recreativa, etc. de la víctima. Asimismo, las secuelas y la incidencia del transcurso del tiempo como factor que reduzca o agrave el perjuicio; la implicancia en la vida de relación y en el proyecto de vida del perjudicado y la idoneidad del menoscabo para afectar la aptitud de gozar de los bienes de la vida que tenía la damnificada antes del hecho dañoso, e igualmente las perspectivas o probabilidades de ingresos o mejoras futuras que el hecho dañoso ha frustrado.

Siendo que este rubro fue calculado a "valores actuales", los intereses deberán ser fijados desde la fecha del hecho aplicando una alícuota del 6% anual hasta el dictado de la presente (evaluación de la deuda) (doct. SCJBA Causas "Vera" y "Nidera"). Y a partir de quedar firme la presente, se calcularán a la tasa pasiva más alta que fije el Banco de la Provincia de Buenos Aires (arts. 1068, 1068, 1086 y concs. del Cod. Civ., doct.

y arg arts. 165 y 384 del rito; C.101.774, "Ponce"; L.94.446, "Ginossi" (sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, "Cabrera" (sent. de 16-VI-2016)).

b.-Daño moral

El *a quo* otorgó la suma de \$ 100.000.- por esta partida, luego de evaluar que se trata de un daño *in re ipsa* y que su determinación depende del prudente arbitrio judicial. Ponderó las circunstancias relativas al hecho mismo, al período de curación y convalecencia y las vinculadas a menoscabos subsistentes. Y destacó las afecciones subjetivas dictaminadas por la perito psicóloga Natalia Silvan.

Comparto su evaluación y no así la efectuada por los apelantes.

Dictamina el Perito Médico Traumatólogo, Dr. Santiago Morcella, que las lesiones sufridas por la Señora Goñi a causa del accidente fueron dolorosas y que al momento de la pericia también lo eran; que fue sometida a cirugía del tendón de Aquiles, que estuvo con valva de yeso y luego muletas y silla de ruedas, quedando limitada en su movilidad del tobillo derecho, rengueando al caminar por disminución de masa muscular y trofismo en la pierna. Indica el experto que sus facultades vitales se han visto aminoradas y que ya no puede realizar actividades de peso, de fuerzas, ni ascenso o descenso de escaleras ni permanecer parada mucho tiempo (arts. 375, 384, 457 y cc CPC).

La fotografía de fs. 219 y las glosadas a fs. 62/70 me persuaden de los dolores que, seguramente, tuvo que soportar.

A ello aduno lo evaluado por la perito psicóloga al determinar que la actora ha quedado afectada psíquicamente, con un cuadro elevado de angustia que limita su vida de relación (fs. 237/38).

En respuesta a la inquietud de la demandada, resulta irrelevante si el baremo que utilizó para estimar la incapacidad (Castex Silva) puede o no ser utilizado por psicólogos, desde que el modo en que ocurrió el hecho y las connotaciones propias del devenir hospitalario y su rehabilitación, es suficiente para admitir que la actora ha sufrido un daño moral de la envergadura justipreciada por el *a quo*.

En otro orden y acudiendo a otro de los argumentos esbozados, si bien indica la experta que la patología es reversible mediante un tratamiento psicológico que estima en dos años, ello no le quita peso al detrimento espiritual experimentado.

Tampoco se lo quita que quien describa su estado sea su ex cónyuge. Aún de no haber declarado este último, de todos modos se hubiera admitido el parcial cuestionado.

Insisto en que son evidentes los sufrimientos padecidos por la actora, quien al momento del hecho tenía 52 años de edad; lo doloroso de las heridas, las incomodidades y molestias provocadas por la intervención quirúrgica, la rehabilitación, las secuelas no reparables, la incidencia de las mismas en su vida diaria, social y de relación (art. 1078 CC; arts. 163 inc. 5°; 375, 384, 457 y cc CPC).

Hemos dicho en otras ocasiones que toda persona vive en un estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicas perjudiciales deben ser resarcidas. Esa modificación disvaliosa del espíritu no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor, porque puede suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, la

aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (*esta Sala causa 134989 Reg. 277 15/8/2007; c. 136697 Reg. 101, 15/5/2008 y ots.*).

Propongo por lo expuesto, confirmar la partida traída a inspección.

c.-Daño futuro

A criterio de la actora el Juez debió acudir a las reglas de la lógica y la experiencia para fijar un *quantum* que se avenga a los gastos futuros que irrogará a su parte la declarada incapacidad, la futura operación y la rehabilitación kinesiológica y de medicamentos que deberá realizarse.

Resalta el Perito Traumatólogo: “...*Aún tiene gastos terapéuticos ya que aún a la fecha de realizada esta pericia está con tratamiento porque aún no cerró en forma completa y absoluta la herida de su Aquiles derecho...heridas que a la fecha de esta pericia aún continúan... posiblemente necesite de auxilio de terceras personas en el futuro para realizar tareas hogareñas...necesita de curaciones es posible que en un futuro necesite de kinesiología...*”.

Pese a no haberse demostrado con exactitud las prácticas o estudios médicos concretos a realizarse, los medicamentos a utilizar y sus costos; de lo dictaminado por el Dr. Morcella se desprende la necesidad, en unos casos, y la posibilidad, en otros, de que ello así ocurra (art. 163 inc. 5. CPC), y el monto establecido, aparece exiguo, comparándolo con los fijados en casos análogos. Por ello, propongo elevarlo a la suma de \$ 59.110,69.- a valores actuales (art. 165 CPC).

d.-Daño punitivo

No le asiste razón a la actora, quien pretende convencer de que la conducta asumida por la demandada en ocasión del hecho y durante su convalecencia fue displicente, toda vez que se desentendió del grave cuadro de salud que aquejaba a su parte, debiendo ser pasible de una sanción ejemplificadora.

No comparto lo evaluado.

No cualquier incumplimiento puede derivar en la recepción de una suma en concepto de daño punitivo, aún cuando tal conducta fuere reprochable y hubiere constreñido al contratante débil a sortear ciertas contingencias en un intento de recuperar la salud dañada.

El art. 52 bis, que la reforma incorpora a la LDC (Ley 26.361) introduce el instituto de los denominados “daños punitivos”. Estos daños han sido definidos como aquellos “otorgados...para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro” (Picasso “*Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor*” en Vazquez Ferreyra (dir) “*Reforma a la ley de defensa del consumidor*” pág. 128; Farina, Juan; *Defensa del consumidor y del usuario*. Ed. Astrea, 4° ed., pág. 566).

Recientemente, en un antecedente en el que llevaba la voz en el acuerdo me ocupé de analizar las notas distintivas de los daños punitivos, las que me permito transcribir a fin de evaluar si esos rasgos se encuentran delineados en el presente caso (*Ver causa n° 155547 “Acuña Leandro Andrés c/ AMX ARGENTINA SA S/ rescisión de contrato...” Reg. Sent. n° 114 folio 477 de 8/2014*)

1) Resultan condenas extraordinarias, ya que son otorgadas en forma independiente a la indemnización, y asimismo accesorias, ya que siempre se determinan en un proceso principal. Dicho en otras palabras, no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos.

2) Su finalidad, justamente, no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares.

3) Son verdaderas penas privadas con características propias que delimitan sus contornos de especialidad.

Siguiendo a Stiglitz y Bru, podemos definir a los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Jorge Bru y Gabriel Stiglitz en *Manual de Derecho del Consumidor*; pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009).

En definitiva, deben quedar reservados para situaciones que demuestren una conducta grave o absoluto desprecio hacia los derechos del consumidor, patentizado mediante un incumplimiento de obligaciones legales o convencionales, debiéndose articular las referidas ilicitudes con la gravedad y las circunstancias del caso. Queda claro entonces, que un mero incumplimiento no autorizará su aplicación.

En el caso que nos ocupa, estoy convencido que la conducta de la demandada no ha alcanzado el grado de reproche requerido para admitir la procedencia del daño punitivo, amén del incumplimiento en que pueda haber incurrido al no mantener una conducta diligente en post de contribuir con la actora al restablecimiento de su estado de salud.

El rechazo del daño punitivo ha sido correcto. Propongo su confirmación.

e.-Tasa de interés

Conforme propongo la solución a los recursos interpuestos, las partidas que se fijan a valores actuales, llevarán intereses que deberán ser fijados desde la fecha del hecho aplicando una alícuota del 6% anual hasta el dictado de la presente (evaluación de la deuda) (doct. SCJBA Causas "Vera" y "Nidera"); y a partir de quedar firme la presente, se calcularán a la tasa pasiva más alta que fije el Banco de la Provincia de Buenos Aires (arts. 1068, 1068, 1086 y concs. del Cod. Civ., doct. y arg arts. 165 y 384 del rito; C.101.774, "Ponce"; L.94.446, "Ginossi" (sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, "Cabrera" (sent. de 16-VI-2016).

En los restantes rubros, se calcularán a la tasa pasiva más alta que fije el Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde la fecha del hecho para el daño moral, y desde la firmeza de esta sentencia para los gastos futuros (SCBA, en C.101.774, "Ponce"; L.94.446, "Ginossi" - sents. de 21-X-2009 - y C. 119.176, "Cabrera" - sent. de 16-VI-2016)

Las costas de esta instancia, atendiendo a la procedencia parcial de los recursos intentados por cada una de las partes, se imponen en un 80% a las demandadas, y en un 20% a la parte actora (art. 68 del C. Pr.)

ASÍ LO VOTO.-

EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR._ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO: Corresponde: *I.)* Rechazar el acuse de deserción interpuesto por la citada en garantía en su contestación de agravios; *II.)* Fijar el importe del rubro incapacidad sobreviniente en la suma de \$833.769,06; y la del daño futuro en la suma de \$59.110,69; lo que totaliza la suma de pesos OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON 75/100 - (\$ 892.879,75). *III.)* Confirmar el monto asignado a la partida de daño moral en la suma de \$100.000 y el rechazo a la procedencia del daño punitivo; *IV.)* Fijar los intereses en el modo indicado en los considerandos; *V.)* Imponer las costas en un 80% a las demandadas, y en un 20% a la parte actora (arts. 68 y concs. del CPC)

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

----- **S E N T E N C I A** ----- Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo, SE RESUELVE: *I.)* Rechazar el acuse de deserción interpuesto por la citada en garantía en su contestación de agravios; *II.)* Fijar el importe del rubro incapacidad sobreviniente en la suma de \$833.769,06; y la del daño futuro en la suma de \$59.110,69; lo que totaliza la suma de pesos OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON 75/100 - (\$ 892.879,75). *III.)* Confirmar el monto asignado a la partida de daño moral en la suma de \$100.000 y el rechazo a la procedencia del daño punitivo; *IV.)* Fijar los intereses en el modo indicado en los considerandos; *V.)* Imponer las costas en un 80% a las demandadas, y en un 20% a la parte actora (arts. 68 y concs. del CPC).- **NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.**

Si-/// ///guen las firmas (Expte. N° 166.584).-

ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ RAMIRO ROSALES CUELLO

JOSÉ GUTIÉRREZ

- **Secretario** -

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^